

houd van de compenserende maatregelen. In de beslissing staat weliswaar (onder VII) dat de uitspraak in de plaats treedt van het besluit voor zo-

*rekening gehouden met een verwachte omzetsdaling van ongeveer 1%. (...) Dat ook andere maatregelen denkbaar zijn die voor de benzinstations minder*

ta, citation and similar papers at [core.ac.uk](http://core.ac.uk)

brought to you

provided by Leiden University Sch

onderhoud wordt niet aangegeven.

5. Voor appellanten kan het waarschijnlijk uiteindelijk een wat zure uitspraak worden. Hun beroep is gegrond voor zover hen via de vergunning van de Landinrichtingscommissie een onderhoudsplicht wordt opgelegd, maar indien ze deze onderhoudsplicht via de omweg van legger en keur alsnog krijgen zijn ze niets opgeschoten met hun zaak. Indien de drainage wordt aangelegd op hun eigen grond snijden ze zichzelf in de vingers indien ze deze niet onderhouden omdat ze dan te maken zullen krijgen met wateroverlast ten gevolge van de vergunde werkzaamheden. H.F.M.W. van Rijswijk

## AB 2015/68

### AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

22 oktober 2014, nr. 201307908/1/A3

(Mrs. P.B.M.J. van der Beek-Gillesen, B.P. Vermeulen, C.M. Wissels)

m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik

Art. 14 EVRM; art. 1 Twaalfde Protocol EVRM; art. 26 IVBPR; art. 56, 57 VWEU; art. 22, 44a DHW

Gst. 2015/5

NJB 2014/2079

BA 2014/228

ECLI:NL:RVS:2014:3770

### Het verbod op de verkoop van alcohol door tankstations, dat niet geldt voor wegrestaurants, is niet in strijd met het verbod op discriminatie.

*Bij het maken van onderscheid, waarbij sommige verkooppunten wel alcohol mogen verkopen en andere niet, heeft de wetgever in redelijkheid mogen differentiëren tussen enerzijds bedrijven waarvoor geldt dat de verstrekking van alcohol een onmiskenbaar onderdeel van de bedrijfsvoering is of waarvoor geldt dat de alcoholverkoop een onderdeel is van hun levensmiddelenassortiment, en anderzijds andere bedrijven, waarvoor geldt dat zij geen alcoholhoudende dranken mogen verkopen. (...)*

Tot slot is de Afdeling van oordeel dat de minister het verbod evenredig heeft kunnen achten ten opzichte van het daarmee beoogde doel. Blijkens de wetsgeschiedenis (Kamerstukken II 1997/98, 25 969, nr. 3, p. 11) is bij de invoering van het verbod

*Gezien het vorenstaande is de Afdeling van oordeel dat de minister zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de voornoemde discriminatieverboden uit het EVRM en het IVBPR niet zijn geschonden en er derhalve geen grond bestaat artikel 22 lid 1 aanhef en onder a, van de DHW onverbindend te verklaren wegens strijd met die verboden. (...)*

*Nu artikel 22 lid 1 aanhef en onder a, van de DHW betrekking heeft op detailhandel bij benzinstations waarbij de vrijheid van diensten ondergeschikt is aan het vrije verkeer van goederen, behoeft die bepaling om die reden niet aan de Dienstenrichtlijn te worden getoetst.*

Uitspraak op het hoger beroep van appellante tegen de uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland van 18 juli 2013 in zaak nr. 12/768 in het geding tussen:

appellante,

en

de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

### Procesverloop

Bij besluit van 16 maart 2012 heeft de minister appellante een boete opgelegd van € 900 wegens overtreding van de Drank- en Horecawet (hierna: de DHW).

Bij besluit van 21 september 2012 heeft de minister het door appellante daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 18 juli 2013 heeft de rechtbank het door appellante daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft appellante hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

Appellante heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 26 mei 2014, waar appellante, bijgestaan door mr. F. Spijker en mr. M. Kuijper, beiden advocaat te Amsterdam, en de minister, vertegenwoordigd door drs. R. Ramsoedh en mr. G.J. van Midden, advocaat te Den Haag, zijn verschenen.

### Overwegingen

1. Ingevolge artikel 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en

de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM) moet het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

Ingevolge artikel 1, eerste lid, van het Twaalfde Protocol bij het EVRM (hierna: het Twaalfde Protocol) moet het genot van elk in de wet neergelegd recht worden verzekerd zonder enige discriminatie op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

Ingevolge het tweede lid mag niemand worden gediscrimineerd door enig openbaar gezag op met name een van de in het eerste lid vermelde gronden.

Ingevolge artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (hierna: het IVBPR) zijn allen voor de wet gelijk en hebben zij zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert zij een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status.

Ingevolge artikel 56, eerste alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU) zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

Ingevolge artikel 57 VWEU worden in de zin van de Verdragen als diensten beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen, betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn. De diensten omvatten met name werkzaamheden:

- a) van industriële aard,
- b) van commerciële aard,
- c) van het ambacht,
- d) van de vrije beroepen.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PbEU* L376/36, hierna: de Dienstenrichtlijn), is die richtlijn van toepassing

op de diensten van dienstverrichters die in een lidstaat zijn gevestigd.

Ingevolge artikel 4, aanhef en onder 1, wordt voor de toepassing van de richtlijn onder dienst verstaan elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: het EG-Verdrag; thans: artikel 57 van het VWEU).

Ingevolge artikel 22, eerste lid, aanhef en onder a, van de DHW is het verboden bedrijfsmatig of anders dan om niet alcoholhoudende drank te verstrekken op plaatsen waar brandstof voor middelen van vervoer aan particulieren wordt verstrekt en in winkels die aan een benzinestation zijn verbonden.

Ingevolge artikel 44a, eerste lid, kan de minister een bestuurlijke boete opleggen ter zake van overtreding van het bepaalde bij of krachtens artikel 22.

2. De minister heeft appellante de in bezwaar gehandhaafde boete opgelegd wegens overtreding van artikel 22, eerste lid, aanhef en onder a, van de DHW, nadat een controleambtenaar op 24 november 2011 had vastgesteld dat in de vestiging van appellante aan de locatie-a te a-plaats (hierna: het tankstation) bedrijfsmatig of anders dan om niet alcoholhoudende drank werd verstrekt in een winkel die aan een benzinestation is verbonden.

3. Appellante heeft aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte niet is ingegaan op de door haar in beroep aangevoerde grond dat het besluit op bezwaar ontoereikend is gemotiveerd.

3.1. Dit betoog slaagt.

In de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank niet overwogen dat de minister het besluit op bezwaar, waarin het advies van de VWS-commissie bezwaarschriften Awb (hierna: de VWS-commissie) is overgenomen, voldoende heeft gemotiveerd. Nu de door de rechtbank gegeven motivering waarom het beroep ongegrond is slechts in zeer beperkte mate is ontleend aan het besluit op bezwaar met het daarin overgenomen advies van de VWS-commissie en deze motivering voornamelijk is gebaseerd op overwegingen die voor het eerst in het bij de rechtbank ingediende verweerschrift en de daarover ter zitting gegeven nadere uitleg zijn geformuleerd, kan niet worden geoordeeld dat de rechtbank deze grond bij haar beoordeling heeft betrokken. De Afdeling zal deze beroepsgrond alsnog beoordelen.

3.2. Appellante heeft in haar bezwaarschrift aangevoerd en uitgebreid uiteengezet dat en waarom artikel 22 van de DHW in strijd is met de gelijkheidsnormen vervat in het EVRM en het IVBPR, en ook in strijd is met de eisen van even-

redigheid en noodzaak in de Dienstenrichtlijn. De VWS-commissie heeft in haar advies enkel overwogen dat iedere lidstaat van de EU met betrekking tot maatregelen tegen alcohol in het verkeer zelf zijn eigen regelgeving maakt, welke dus onderling kan verschillen, dat het beroep op het gelijkheidsbeginsel niet opgaat, dat niet is gebleken dat aan de inhoud of de totstandkoming van artikel 22, eerste lid, aanhef en onder a, van de DHW gebreken kleven en dat niet is gebleken dat de normstelling kennelijk onredelijk is. De minister heeft er mee volstaan het bezwaar ongegrond te verklaren onder overneming van deze overwegingen en de conclusie van het advies. Het besluit op bezwaar is dan ook ontoereikend gemotiveerd en dient om die reden te worden vernietigd.

3.3. De Afdeling zal in het onderstaande bezien of er aanleiding bestaat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten.

4. Appellante heeft aangevoerd dat het verbod om bij benzinestations alcoholhoudende dranken te verkopen, nu verkoop van deze dranken wel is toegestaan in wegrestaurants en supermarkten, in strijd is met het gelijkheidsbeginsel zoals neergelegd in artikel 14 van het EVRM, artikel 1, eerste lid, van het Twaalfde Protocol bij het EVRM en artikel 26 van het IVBPR, en daarom buiten toepassing dient te blijven. Volgens appellante is, gezien de op 1 januari 2004 opgeheven functiescheiding tussen wegrestaurants en benzinestations en gegeven het feit dat uit recent onderzoek is gebleken dat de buurtfunctie van tankstations vooral in de binnenstad steeds verder toeneemt, het onderscheid tussen enerzijds benzinestations waar een verbod op verkoop alcoholhoudende dranken geldt en anderzijds aan de openbare weg gelegen supermarkten en wegrestaurants waar dat verbod niet geldt, niet gerechtvaardigd. Dat onderscheid is evenmin gerechtvaardigd ten opzichte van elektrische oplaadpunten, waar ook alcoholhoudende dranken mogen worden verkocht.

Voorts heeft appellante aangevoerd dat het verbod om alcoholhoudende dranken te verkopen bij benzinestations niet geschikt is om het doel dat ermee wordt beoogd – het verbeteren van de verkeersveiligheid – te bereiken en het verbod niet proportioneel is in verhouding tot dat beoogde doel.

4.1. Zoals in het verweerschrift in hoger beroep en door de vertegenwoordiger van de minister ter zitting in hoger beroep onweersproken is gesteld, is het verbod van artikel 22, eerste lid, aanhef en onder a, van de DHW ook op elektrische oplaadpunten van toepassing, zodat in zoverre het betoog dat ten opzichte van benzinestations ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt, ongegrond is.

4.2. Daargelaten of de verkoop van alcoholhoudende drank in andere ondernemingen zoals wegrestaurants en supermarkten voldoende vergelijkbaar is als bedoeld in de jurisprudentie van het EHRM in onder meer de zaak *Laduna tegen Slowakije*, arrest van 13 december 2011, nr. 31827/02 ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)), is, gelet op de vaste jurisprudentie van de Afdeling (uitspraken van 5 april 2006 in zaak nr. 200505679/1, van 22 juli 2009 in zaak nr. 200807914/1 en van 29 januari 2014 in zaaknr. 201301696/1/A1 en 201302833/1/A1), van discriminatie geen sprake als er voor het maken van onderscheid in het licht van de doelen van de van toepassing zijnde regeling redelijke en objectieve gronden bestaan. In dit verband dient de vraag te worden beantwoord of er voor het verschil in behandeling tussen benzinestations enerzijds en wegrestaurants en supermarkten anderzijds een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Bij de beantwoording van die vraag moet naar vaste rechtspraak van het EHRM (zie bijvoorbeeld *Marckx tegen België*, arrest van 13 juni 1979, nr. 6833/74 ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int))) worden beoordeeld of het verschil – in dit geval voortvloeiend uit het verbod om alcoholhoudende dranken te verkopen bij benzinestations – een gerechtvaardigd doel dient, het verbod een geschikt middel is voor het bereiken van dat doel en of tussen het middel en het doel een redelijke mate van evenredigheid is.

4.3. Zoals onder meer blijkt uit de zaak *Burden tegen Verenigd Koninkrijk*, arrest van 29 april 2008, nr. 13378/05 ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)) kent het EHRM verdragsstaten een ‘margin of appreciation’ toe bij de beoordeling of en in welke mate verschillen in overigens vergelijkbare gevallen een onderscheid in behandeling rechtvaardigen. Deze marge varieert afhankelijk van de omstandigheden, maar is met betrekking tot maatregelen in het kader van sociaal of economisch beleid in het algemeen ruim. In beginsel respecteert het EHRM dan ook de keuze van de wetgever, tenzij deze keuze evident van redelijke grond is ontbloot (‘manifestly without reasonable foundation’), aldus het Hof in de zaak *Clift tegen Verenigd Koninkrijk*, arrest van 13 juli 2010, nr. 7205/07 ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)). Met de wijziging van de DHW heeft de wetgever beoogd een verantwoorde verstrekking en een verantwoord gebruik van alcohol te realiseren in verband met de risico’s die zijn verbonden aan de consumptie van alcohol. In lijn met vorengenoemde arresten dient naar het oordeel van de Afdeling aan de wetgever op een beleidsterrein als het onderhavige een ruime beoordelingsvrijheid te worden gelaten, die door de rechter terughoudend dient te worden getoetst.

4.4. Blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van de wijziging van de DHW (*Kamerstukken*

II 1997/98, 25 969, nr. 3, blz. 1-12) is de centrale doelstelling van het alcoholmatigingsbeleid de preventie van gezondheidsrisico's en maatschappelijke problemen die voortvloeien uit het gebruik van alcohol. Overwegingen van volksgezondheid, jeugdbescherming, verkeersveiligheid, criminaliteitspreventie en openbare orde en veiligheid staan daarbij voorop. Naar het oordeel van de Afdeling is dit een gerechtvaardigd doel.

Om te komen tot alcoholmatiging en voorkoming van misbruik heeft de wetgever gekozen voor een breed scala aan maatregelen, waaronder kanalisering van de alcohol distributie door middel van aanbodbeperkingen van alcoholhoudende dranken. Daarbij maakt de DHW onderscheid tussen bedrijven waarvoor geldt dat de verstrekking van alcohol een onmiskenbaar onderdeel is van de bedrijfsvoering, zoals horeca (inclusief wegresterants), bedrijven waarvoor geldt dat de alcoholverkoop een onderdeel is van hun levensmiddelenassortiment, zoals supermarkten, en andere bedrijven, waarvoor geldt dat zij geen alcoholhoudende dranken mogen verkopen, zoals benzinstations en bedrijven in de niet-levensmiddelensector.

De wetgever heeft het verminderen van het aantal verkooppunten voor alcohol naar het oordeel van de Afdeling in redelijkheid een geschikt middel kunnen achten om de verkeersveiligheid, volksgezondheid en openbare orde en veiligheid te bevorderen. Zoals de minister in zijn verweerschrift in hoger beroep onweersproken heeft gesteld, zijn nagenoeg alle ondernemingen aan de openbare weg gelegen. De wetgever is niet verplicht tot een alles of niets keuze, in die zin dat voor gelijkelijk alle aan de openbare weg gelegen ondernemingen die ook levensmiddelen aanbieden hetzij een verbod op de verkoop van alcoholhoudende drank zou moeten gelden hetzij bij al deze ondernemingen de verkoop van alcoholhoudende drank zou moeten worden toegestaan. Aan de wetgever komt, mede gegeven de hem toekomende beoordelingsvrijheid, de ruimte toe om te kiezen voor het verminderen van het aantal verkooppunten en daartoe binnen de genoemde groep ondernemingen te onderscheiden tussen ondernemingen die wel alcoholhoudende drank mogen verkopen en die dat niet toegestaan is.

Bij het maken van onderscheid, waarbij sommige verkooppunten wel alcohol mogen verkopen en andere niet, heeft de wetgever in redelijkheid mogen differentiëren tussen enerzijds bedrijven waarvoor geldt dat de verstrekking van alcohol een onmiskenbaar onderdeel van de bedrijfsvoering is of waarvoor geldt dat de alcoholverkoop een onderdeel is van hun levensmiddelenassortiment, en anderzijds andere bedrijven,

waarvoor geldt dat zij geen alcoholhoudende dranken mogen verkopen.

De minister heeft zich op het standpunt mogen stellen dat wegresterants bedrijven zijn die horecadiensten aanbieden, vaak een multifunctioneel karakter hebben en derhalve vallen binnen de categorie van bedrijven waarvoor geldt dat de verstrekking van alcohol een onmiskenbaar onderdeel van de bedrijfsvoering is. De minister heeft zich voorts op het standpunt mogen stellen dat verkoop van alcohol bij benzinstations die primair worden bezocht om te tanken een vanuit een oogpunt van verkeersveiligheid onwenselijke combinatie oplevert waardoor afbreuk wordt gedaan aan het beeld omtrent alcohol en verkeer dat de overheid ingang tracht te doen vinden. Dat de functiescheiding tussen wegresterants en tankstations is komen te vervallen, maakt dat niet anders nu niet is bestreden dat de wetgever daarmee niet heeft beoogd het onderscheid ten aanzien van de mogelijkheid tot alcoholverstreking op te heffen. De minister heeft zich eveneens op het standpunt mogen stellen, dat hoewel supermarkten en benzinstations meer op elkaar zijn gaan lijken, zij nog steeds wezenlijk verschillend zijn, omdat benzinstations nu eenmaal primair zullen worden bezocht om het vervoermiddel van brandstof te voorzien en niet om de dagelijkse boodschappen te doen. De kern van de dienstverlening van benzinstations is het verstrekken van brandstof. Zoals de minister terecht heeft betoogd bestaat daardoor een onlosmakelijk, functioneel verband met het verkeer.

Tot slot is de Afdeling van oordeel dat de minister het verbod evenredig heeft kunnen achten ten opzichte van het daarmee beoogde doel. Blijkens de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II 1997/98, 25 969, nr. 3, blz. 11*) is bij de invoering van het verbod rekening gehouden met een verwachte omzetsdaling van ongeveer 1%. Appellante heeft met hetgeen hij heeft overgelegd over het aandeel van de verkoop van alcoholhoudende drank in de omzet van supermarkten niet aannemelijk gemaakt dat de daadwerkelijke omzetsdaling bij benzinstations als gevolg van het verbod beduidend hoger ligt dan de verwachte 1%. De minister heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat dit verwachte percentage van de omzetsdaling het verbod niet disproportioneel maakt. Dat ook andere maatregelen denkbaar zijn die voor de benzinstations minder vergaande gevolgen hebben, maakt evenmin dat het verbod disproportioneel is.

4.5. Gezien het vorenstaande is de Afdeling van oordeel dat de minister zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de voornoemde discriminatieverboden uit het EVRM en het IVBPR niet zijn geschonden en er

derhalve geen grond bestaat artikel 22, eerste lid, aanhef en onder a, van de DHW onverbindend te verklaren wegens strijd met die verboden.

Het betoog slaagt niet.

5. Tot slot heeft appellante aangevoerd dat artikel 22, eerste lid, aanhef en onder a, van de DHW buiten toepassing moet blijven omdat deze bepaling in strijd is met de unierechtelijke bepalingen inzake het vrije verkeer zoals die zijn neergelegd in de Dienstenrichtlijn. De Dienstenrichtlijn is volgens appellante op dit geval van toepassing omdat uit het Handboek van de Europese Commissie voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn 2007, de website van de Commissie en het arrest van het Hof van Justitie (hierna: het HvJ) van 30 november 1995, C-55/94, *Bau- und Heimwerkermärkte* blijkt dat detailhandelsdiensten vallen onder het bereik van die richtlijn en het grensoverschrijdende element is gelegen in het feit dat haar dienstontvangers uit andere lidstaten dan Nederland afkomstig kunnen zijn.

5.1. Ingevolge artikel 4, aanhef en onder 1, van de Dienstenrichtlijn omvat het begrip dienst elke economische activiteit anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt. Uit overweging 33 van de preambule behorende bij de Dienstenrichtlijn blijkt dat het de bedoeling is geweest die richtlijn een grote reikwijdte te geven. Daarin staat dat de diensten waarop de Dienstenrichtlijn betrekking heeft, zeer diverse, voortdurend veranderende activiteiten betreffen, waaronder zakelijke diensten, zoals de diensten van management-consultants, certificering en tests, faciliteitenbeheer, reclamediensden, de werving van personeel en diensten van handelsagenten. Het gaat bij deze diensten ook om diensten die zowel aan bedrijven als aan particulieren worden verleend, zoals juridische bijstand, diensten in de vastgoedsector, zoals makelaarsdiensten, of de bouwsector, met inbegrip van de diensten van architecten, distributieverkoop, de organisatie van beurzen, autoverhuur en reisbureaus. Voorts vallen hieronder consumentendiensten, bijvoorbeeld op het gebied van toerisme, zoals reisleiders, vrijetijdsdiensten, sportcentra en pretparken. Het kan zowel gaan om diensten waarvoor de dienstverrichter en de afnemer zich in elkaars nabijheid dienen te bevinden als om diensten waarvoor de dienstverrichter of de afnemer zich moeten verplaatsen of die op afstand kunnen worden verricht, waaronder via internet.

In paragraaf 2.1.1. van het Handboek staat dat het begrip dienst aansluit bij de brede definitie die daarvan is opgenomen in het EG-Verdrag en de relevante jurisprudentie van het HvJ. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat de Dienstenrichtlijn op een breed scala van activiteiten van toepassing is. Daaronder valt blijkens de ge-

noemde niet-limitatieve opsomming in ieder geval distributieverkoop (met inbegrip van detail- en groothandelsverkoop van goederen en diensten). Paragraaf 2.1.4. vermeldt dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op eisen die moeten worden getoetst aan de bepalingen over het vrije verkeer van goederen en eisen die niet van invloed zijn op de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit.

5.2. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ (bijvoorbeeld het arrest van 26 mei 2004, C-20/03, *Burmanjer*, ECLI:EU:C:2005:307, punt 34; [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)), wordt in het geval een nationale maatregel zowel het vrije verkeer van goederen als de vrijheid van dienstverrichting beperkt, de maatregel in beginsel slechts onderzocht ten aanzien van één van deze twee vrijheden, indien blijkt dat één van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 25 juli 2012 in zaak nr. 201105171/1/A2 en in haar uitspraak van 19 juni 2013, zaak nr. 201203334/1/A3 is de Dienstenrichtlijn, geleid op artikel 2, eerste lid, en artikel 4, aanhef en onder 1, van de Dienstenrichtlijn, slechts van toepassing als het specifiek gaat om dienstverrichting, in welk verband voor de betekenis van het begrip 'dienst' wordt verwezen naar artikel 50 van het EG-verdrag (thans: artikel 57 van het VWEU). De beperkingen die als gevolg van deze bepaling verboden zijn, betreffen eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van dienstenactiviteiten en niet eisen ten aanzien van de goederen zelf. Voorts heeft de Afdeling in aanmerking genomen dat volgens overweging 76 van de preambule van de Dienstenrichtlijn deze richtlijn geen betrekking heeft op de toepassing van de artikelen 28 tot en met 30 van het EG-verdrag (thans: de artikelen 34 tot en met 36 van het VWEU) over het vrije verkeer van goederen.

Anders dan appellante heeft aangevoerd volgt uit het door hem genoemde arrest van het HvJ niet dat alle detailhandelsdiensten vallen onder het bereik van de Dienstenrichtlijn. In dat arrest heeft het HvJ geoordeeld dat slechts de dienstverlening die in het kader van detailhandel wordt verricht, bijvoorbeeld de bevordering van de verkoop van goederen, daaronder valt.

5.3. Artikel 22, eerste lid, aanhef en onder a, van de DHW beoogt de plaatsen waar alcoholhoudende dranken mogen worden verkocht te reguleren. Deze bepaling heeft derhalve betrekking op de verkoop van goederen. De Afdeling is van oordeel dat de economische activiteiten waarop dit artikellid betrekking heeft daarom geen diensten vormen in de zin van artikel 4, aan-



hef en onder 1, van de Dienstenrichtlijn gelezen in samenhang met artikel 57 van het VWEU. Nu artikel 22, eerste lid, aanhef en onder a, van de DHW betrekking heeft op detailhandel bij benzinestations waarbij de vrijheid van diensten ondergeschikt is aan het vrije verkeer van goederen, behoeft die bepaling om die reden niet aan de Dienstenrichtlijn te worden getoetst. Dat de Europese Commissie in het Handboek – dat, zoals zij zelf aangeeft, niet wettelijk bindend is, – van oordeel is dat ‘distributieverkoop (met inbegrip van detail- en groothandelsverkoop van goederen en diensten)’ als dienst moet worden beschouwd, leidt, gelet op de eerder geciteerde rechtspraak en op de weergegeven bepalingen van de Dienstenrichtlijn en de overwegingen van de bijbehorende preambule, niet tot een ander oordeel.

Naar het oordeel van de Afdeling valt artikel 22, eerste lid, aanhef en onder a, van de DHW niet binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn. Reeds daarom is dit artikel niet in strijd met de Dienstenrichtlijn. Het betoog van appellante faalt.

6. Gezien al het vorenstaande ziet de Afdeling aanleiding de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten. De minister heeft derhalve terecht appellante de boete opgelegd wegens overtreding van artikel 22, eerste lid, aanhef en onder a, van de DHW.

7. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit op bezwaar van de minister van 21 september 2012 alsnog gegrond verklaren. Dat besluit komt voor vernietiging in aanmerking wegens strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb). De Afdeling ziet aanleiding om de rechtsgevolgen van dit besluit met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb in stand te laten.

8. De minister dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

## Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 18 juli 2013 in zaak nr. 12/768;
- III. vernietigt het besluit van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 21 september 2012, kenmerk DWJZ-201100315;
- IV. bepaalt dat de rechtsgevolgen van dat besluit geheel in stand blijven;

V. veroordeelt de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport tot vergoeding van bij de appellante in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.948 (zegge: negentienhonderdachtenveertig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

VI. gelast dat de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de appellante het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 788 (zegge: zevenhonderdachtentachtig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

## Noot

1. Deze uitspraak laat allereerst zien dat de rechtspraak in Nederland in gelijke behandelingszaken afscheid lijkt te hebben genomen van de toets of er wel sprake is van gelijke gevallen alvorens de non-discriminatiebescherming te activeren (vgl. bijv. Hoge Raad 27 juni 2014, V-N 2014/35.6). Met name Gerards heeft daarop in haar dissertatie steekhoudende kritiek geleverd, die er vooral in is gelegen dat het bepalen of al dan niet sprake is van gelijke gevallen een tamelijk arbitraire aangelegenheid is (J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 2002). In plaats daarvan wordt nu – en ook de Afdeling kiest in deze zaak goed gemotiveerd voor deze benadering – bezien of er een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat voor een verschil in behandeling (in casu het feit dat benzinestations geen alcohol meer mogen verkopen en andere aan de openbare weg gelegen ondernemingen als wegrestaurants en supermarkten wel). In dat kader wordt bezien of het verschil in behandeling een gerechtvaardigd doel dient, of het een geschikt middel is voor het bereiken van dat doel en of tussen het middel en het doel een redelijke mate van evenredigheid bestaat.

2. Daarbij geldt voor de overheid op grond van de Straatsburgse jurisprudentie, omdat het gaat om maatregelen op sociaal-economisch terrein en er geen verschil op een verdachte grond (zoals ras, geslacht of nationaliteit) aan de orde is, een ruime ‘margin of appreciation’. De Afdeling vertaalt de Straatsburgse jurisprudentie terzake zo dat het EHRM in beginsel de keuze van de wetgever respecteert, tenzij deze keuze evident van redelijke grond is ontbloeit (‘manifestly without reasonable foundation’ is). Vervolgens trekt de Afdeling deze ‘margin’ één op één door naar haar eigen verhouding met de wetgever en stelt vast dat zij daarom terughoudend moet toetsen. Een benadering die overigens ook te bekritisseren

is, nu de verhouding tussen het Hof in Straatsburg en de staten ook door andere factoren (zoals geringere kennis van de lokale omstandigheden en het gebrek aan Europese consensus) kan worden beïnvloed dan binnen de Nederlandse rechtsorde een rol spelen tussen rechter en wetgever. Het zou nog zuiverder zijn wanneer de Nederlandse rechter zijn positie ten opzichte van de wetgever zelfstandig zou bepalen, zij het binnen de grenzen van de Europese minimumvoorwaarden. Artikel 53 EVRM biedt daarvoor ook alle ruimte. Daarmee is, voor de goede orde, overigens niet gezegd dat deze zaak dan tot een andere uitkomst was gekomen maar het zou de motivering van de Afdeling nog voorbeeldiger hebben gemaakt.

3. De besproken terughoudende toets leidt tot het oordeel dat het verschil in behandeling qua doel, middel en evenredigheid door de beugel kan. De minister krijgt veel ruimte van de Afdeling in zijn standpunt dat de verkoop van alcohol bij benzinstations, die immers primair worden bezocht om te tanken, een vanuit het oogpunt van verkeersveiligheid onwenselijke combinatie oplevert waardoor afbreuk wordt gedaan aan het beeld omtrent alcohol en verkeer dat de overheid ingang tracht te doen vinden. Overigens, zo voegen wij daaraan toe, zou vanuit het oogpunt van verkeersveiligheid überhaupt de verkoop van alcohol langs de snelweg (in welke gelegenheid dan ook) een onwenselijke combinatie (alcoholgebruik en autorijden) en een verkeerd beeld kunnen opleveren, maar dit terzijde. Daarnaast speelt ook een rol dat de wetgever uitging van een omzetsdaling van één procent en appellanten geen grotere omzetsdaling aannemelijk wisten te maken. Daarmee heeft de minister volgens de Afdeling kunnen aannemen dat de maatregel geen disproportionele effecten heeft op de tankstations. Bij deze toets is volgens de Afdeling niet van belang dat er ook minder ingrijpende alternatieven denkbaar waren waarmee hetzelfde doel had kunnen worden bereikt. Al met al laat deze uitspraak daarmee zien dat de wetgever onder de gelijke behandelingsnormen van het EVRM (en het IVBPR) veel ruimte heeft om (in het belang van de verkeersveiligheid) in te grijpen in het assortiment van benzinstations. Een toetsing aan het eigendomsrecht van artikel 1 EP EVRM, die ook denkbaar was geweest, had overigens naar valt aan te nemen niet tot andere resultaten geleid. Overigens hebben de benzinepomphouders aangekondigd deze kwestie aan het EHRM voor te leggen.

4. Ten slotte gaat de Afdeling niet mee in de wens van appellanten om de maatregel te toetsen aan het vrij verkeer van diensten en daarmee aan de Dienstenrichtlijn, nu hier (met name) het

vrij verkeer van goederen in het geding is. Hessel levert daarop kritiek in zijn noot in Gst. 2015/5. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik

## AB 2015/69

### AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

1 oktober 2014, nr. 201307705/1/A3

(Mrs. M. Vlasblom, C.M. Wissels, H. Bolt)

m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik

Art. 8:29, 8:45 Awb; art. 6 EVRM

BA 2014/227

ECLI:NL:RVS:2014:3547

**Wob-zaak. Geheime stukken. Artikel 6 EVRM niet van toepassing. Wel toepassing algemeen aanvaard rechtsbeginsel van equality of arms. Het onderzoek ter terechtzitting is buiten de aanwezigheid van de wederpartij voortgezet. De procesbeslissing van de rechtbank, die het beginsel van equality of arms beperkt, vindt geen grondslag in de Awb.**

*Voorts volgt uit het proces-verbaal van de op 8 april 2013 gehouden zitting bij de rechtbank dat het onderzoek ter zitting, zij het met toestemming van wederpartij, buiten diens aanwezigheid is voortgezet. De rechtbank lijkt hiertoe te hebben beslist teneinde nadere inlichtingen over de ter zake geheime stukken te verkrijgen.*

*Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer de uitspraak van 30 april 2014 in zaak nr. 201307113/1/A3), is artikel 6 van het EVRM niet van toepassing op procedures ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob), aangezien hierin het algemeen belang bij openbaarmaking aan de orde is en niet enig burgerrechtelijk recht of enige burgerrechtelijke verplichting van de verzoeker. Dit betekent evenwel niet dat aan de in deze bepalingen vervatte waarborgen geen betekenis toekomt, voor zover het de aan een rechtsprekend orgaan en aan de door dat orgaan gevolgde procedures te stellen eisen betreft. Het recht op een eerlijk proces, waaronder begrepen het recht op gelijke proceskansen (equality of arms), als algemeen aanvaard rechtsbeginsel, dat aan artikel 6 van het EVRM mede ten grondslag ligt, geldt immers evenzeer binnen de nationale rechtsorde en evenzeer los van die verdragsbepaling. Aangezien het bepaalde in artikel 6 van het EVRM op dat rechtsbeginsel berust, wordt aansluiting gezocht bij de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM) over de uitleg van deze verdragsbepaling.*